

Les Cahiers de droit



La fiducie : réflexion sur la réception judiciaire d'un nouveau code.

Mario Naccarato

Volume 48, numéro 3, 2007

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/043939ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/043939ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cette note

Naccarato, M. (2007). La fiducie : réflexion sur la réception judiciaire d'un nouveau code. *Les Cahiers de droit*, 48(3), 505–524.
<https://doi.org/10.7202/043939ar>

Résumé de l'article

Dans le *Code civil du Québec* de 1994, le législateur a innové en adoptant le concept original de patrimoine d'affectation pour encadrer la fiducie. Ce patrimoine n'est rattaché à personne. Ainsi, les biens qu'il comporte n'appartiennent à personne ! Contrairement à la fiducie du *Code civil du Bas Canada*, la nouvelle fiducie du *Code civil du Québec* permet une grande flexibilité dans sa création et son exécution. Aussi, elle permet a priori aux constituants d'en tirer une série de bénéfices, tout comme s'ils étaient propriétaires des biens composant le patrimoine fiduciaire. Voilà qui concorde mal avec le droit civil québécois, où le patrimoine constitue le gage commun des créanciers. En permettant la création d'un patrimoine où le constituant peut se réserver les fruits et le capital, le législateur québécois a créé un mécanisme qui se heurte au caractère personnaliste et traditionnel du patrimoine, unique à la personne. Autrement dit, nul ne peut détenir plus d'un patrimoine. La jurisprudence et, en particulier, la Cour suprême du Canada viennent le confirmer. Dans le présent article l'auteur s'emploie à démontrer que la jurisprudence limitant la portée des droits que peut se réserver le constituant d'une fiducie repose sur une série de concepts plus fondamentaux qu'il n'en appert à sa simple lecture.

La fiducie : réflexion sur la réception judiciaire d'un nouveau code*

Mario NACCARATO**

Dans le Code civil du Québec de 1994, le législateur a innové en adoptant le concept original de patrimoine d'affectation pour encadrer la fiducie. Ce patrimoine n'est rattaché à personne. Ainsi, les biens qu'il comporte n'appartiennent à personne ! Contrairement à la fiducie du Code civil du Bas Canada, la nouvelle fiducie du Code civil du Québec permet une grande flexibilité dans sa création et son exécution. Aussi, elle permet a priori aux constituants d'en tirer une série de bénéfices, tout comme s'ils étaient propriétaires des biens composant le patrimoine fiduciaire. Voilà qui concorde mal avec le droit civil québécois, où le patrimoine constitue le gage commun des créanciers. En permettant la création d'un patrimoine où le constituant peut se réserver les fruits et le capital, le législateur québécois a créé un mécanisme qui se heurte au caractère personnaliste et traditionnel du patrimoine, unique à la personne. Autrement dit, nul ne peut détenir plus d'un patrimoine. La jurisprudence et, en particulier, la Cour suprême du Canada viennent le confirmer. Dans le présent article l'auteur s'emploie à démontrer que la jurisprudence limitant la portée des droits que peut se réserver le constituant d'une fiducie repose sur une série de concepts plus fondamentaux qu'il n'en appert à sa simple lecture.

* L'auteur tient à remercier Alexandra Popovici, Laurence Carrière-Bich et Patrick Forget, du Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, pour leurs précieux commentaires sur une version provisoire du présent texte.

** Avocat ; professeur, Faculté de droit, Université Laval.

In the Civil Code of Québec of 1994, the legislator innovated by adopting the original concept of a patrimony appropriated to a particular purpose for the governance of trusts. What issues therefrom is that the patrimony does not attach to any given person, hence the property contained therein does not vest in any one person. Contrary to the trust of the Civil Code of Lower Canada, this new trust in the Civil Code of Québec grants greater flexibility in its creation and execution. Moreover, it initially allows settlors to extract a series of benefits, as if they were the owners of the property constituting the trust patrimony. And here is the crux of the matter that does not sit squarely with Québec civil law, in which the patrimony constitutes the creditors' common pledge. By allowing the creation of a patrimony in which the settlor may reserve for himself the right to receive fruits and capital from the trust, the Québec legislator has created a mechanism that collides with the traditional conception of the patrimony, unique to the person. In other words, no one may be the holder of more than one patrimony, the case law, particularly that of the Supreme Court of Canada, confirms such status. In this paper, the author seeks to demonstrate that cases limiting the scope of rights that the settlor of a trust may reserve for himself rest upon a series of far more fundamental concepts than first strikes the reader's eye.

	<i>Pages</i>
1 Une innovation du Code civil du Québec	508
1.1 La fiducie du Code civil du Bas Canada	508
1.2 La fiducie du Code civil du Québec	509
1.3 De la fiducie pour autrui à la fiducie pour soi-même	510
2 La réception judiciaire de la séparation du patrimoine	512
3 Les enjeux jurisprudentiels : discordance avec le droit positif	513
3.1 La logique du droit des libéralités : donner et retenir ne vaut	514
3.2 La logique du droit des obligations : le transfert de l'article 1260 du Code civil du Québec implique dessaisissement	516
3.3 La logique du droit des biens	518

La fiducie en faveur de soi-même, *a priori* permise par le *Code civil du Québec*, est incompatible avec les autres pans du droit civil. C'est pour cette raison qu'elle n'est pas reçue intégralement par la jurisprudence, comme l'illustre, en particulier, la récente décision de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Thibault*¹.

À l'appui de notre thèse, nous proposons de faire une brève incursion dans le droit des libéralités, le droit des obligations et le droit des biens. Nous qualifierons la fiducie en fonction de certaines des catégories traditionnelles fournies par ces pans du droit civil et montrerons la discordance entre la fiducie (comprise comme un patrimoine d'affectation) et ces catégories traditionnelles².

Deux experts de la fiducie, la professeure Madeleine Cantin Cumyn et l'avocat John B. Claxton, ont déjà procédé à une telle analyse, qui consiste, au fond, à comparer la nouvelle fiducie du Code civil avec les catégories existantes du droit civil :

The Civil Law is an organized system of interrelated principles, distinctions and definitions which aim at coherence and consistency between its constituent parts. To be effective, an innovation must find its proper place within the system. To accomplish this objective, civilians resort to the process of "qualification." "Qualification" seeks to determine the judicial nature of a legal relationship in order to classify it within the pre-existing categories and to apply to it the rules of the closer category³.

À l'analyse, nous pouvons dire que le législateur québécois a fait preuve, au mieux, d'audace, au pire, d'imprudence, en consacrant une fiducie-patrimoine d'affectation sur laquelle personne ne détient de droits réels. Une telle création se heurte à la notion même de propriété, telle que l'entend traditionnellement le droit civil.

Avant de procéder à l'exercice de qualification de la fiducie-patrimoine d'affectation, nous examinerons brièvement deux questions liminaires :

- 1) Le *Code civil du Québec* innove-t-il dans le domaine de la fiducie ?
- 2) Quelle réception les tribunaux réservent-ils à la réforme en matière de fiducie ?

1. *Banque de Nouvelle-Écosse c. Thibault*, [2004] 1 R.C.S. 758.

2. Pour une analyse approfondie de la discordance entre la fiducie en tant que patrimoine d'affectation et les institutions et notions classiques suivantes : fraude paulienne, simulation, cause illicite et fraude à la loi, voir M. NACCARATO, *Dans quelle mesure le droit positif québécois répond-il aux besoins créés par l'institution nouvelle de la division du patrimoine du Code civil du Québec ?*, mémoire de maîtrise, Québec, Faculté de droit, Université Laval, 1996.

3. M. CANTIN CUMYN, « The Trust in a Civilian Context », (1994) *J.I.T.C.P.* 70. J.B. CLAXTON, *Studies on the Quebec Law of Trust*, Toronto, Thomson Carswell, 2005, p. 13.

1 Une innovation du *Code civil du Québec*

Les paragraphes qui suivent n'ont pas pour objet de faire une étude comparative approfondie des régimes de la fiducie en vertu de l'ancien et du nouveau codes. Nous présentons plutôt les points saillants des deux régimes tout en mettant en relief les éléments innovateurs de la nouvelle fiducie.

1.1 La fiducie du *Code civil du Bas Canada*

La fiducie du *Code civil du Bas Canada* comporte trois principales caractéristiques :

- 1) Elle peut être constituée à cause de mort (par testament), entre vifs (par donation) ou à titre de sûreté (art. 981a C.c.B.C.);
- 2) Le fiduciaire désigné devient propriétaire *sui generis* des biens entrant dans le patrimoine fiduciaire. Ainsi, il détient un droit réel dans celui-ci. Ce droit réel n'est cependant pas entendu dans le sens traditionnel, le droit de propriété ne comportant pas toutes les prérogatives habituellement reconnues à un plein droit de propriété⁴;
- 3) L'idée derrière la constitution d'une fiducie est traditionnellement de protéger des tiers qui en sont bénéficiaires⁵.

4. Le caractère *sui generis* de la propriété du fiduciaire a été établi par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Royal Trust Company c. Tucker*, [1982] 1 R.C.S. 250. Cet arrêt n'a pas réussi à rallier l'ensemble de la doctrine. Voir les critiques de M. CANTIN CUMYN, «La propriété fiduciaire : mythe ou réalité?», (1984) 15 *R.D.U.S.* 7, 14, et de F. FRENETTE, «La propriété fiduciaire», (1985) 26 *C. de D.* 727, 735. Voir aussi la présentation et l'analyse des trois écoles de pensée auxquelles a donné lieu l'arrêt *Tucker* dans S. NORMAND et J. GOSSELIN, «La fiducie du Code civil : un sujet d'affrontement dans la communauté juridique québécoise», (1990) 31 *C. de D.* 681. La première école est celle des pragmatiques qui prônent le caractère unitaire du droit de propriété par opposition à la dualité de la common law. Ceux-ci se rallient en quelque sorte à l'arrêt *Tucker*, précité, note 4. La deuxième école, celle des protectionnistes, veut que le fiduciaire ne soit qu'un administrateur des biens au profit des bénéficiaires éventuels. Enfin, la troisième école regroupe les novateurs qui préconisent, suivant la thèse de Marcel Faribault, la création d'une institution capable de servir d'assise à la fiducie en droit civil, une institution comme le patrimoine d'affectation.

5. En droit romain, la *fiducia* a servi à la transmission de biens dans le contexte du régime des successions ; elle a servi également à garantir des créances, à confier (à titre d'esclaves) ses enfants jusqu'à leur émancipation ou, pendant les croisades, à confier ses biens avec l'intention de les reprendre au retour du champ de bataille. Pour une excellente analyse historique de la fiducie romaine, voir J.-P. DUNAND, *Le transfert fiduciaire : « donner pour reprendre », mancipio dare ut remancipetur : analyse historique et comparatiste de la fiducie-gestion*, coll. « genevoise », Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2000, p. 77 et suiv.

1.2 La fiducie du *Code civil du Québec*

En vertu du *Code civil du Québec*, les principales caractéristiques de la fiducie sont les suivantes :

- 1) La fiducie peut être constituée à cause de mort ou entre vifs, à titre onéreux ou à titre gratuit ; elle peut également servir à fournir une sûreté (art. 1262, 1267, 1268 et 1269 C.c.Q.)⁶ ;
- 2) La fiducie emporte « affectation » d'une masse de biens. Autrement dit, le patrimoine et la masse de biens sont affectés à une fin particulière et personne, y compris le constituant, le fiduciaire et le bénéficiaire, n'a de droit réel sur le patrimoine ou les biens qui le composent (art. 1261 C.c.Q.)⁷ ;
- 3) Le constituant de la fiducie peut se nommer fiduciaire ou bénéficiaire, ou les deux à la fois, d'une partie ou de la totalité des fruits ou du capital (art. 1275, 1281 C.c.Q.)⁸ ;

6. La grande nouveauté du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64, est la fiducie à titre onéreux. Le caractère onéreux de la fiducie n'est pas limité au seul cas où l'acte constitutif comporte une contrepartie. Autrement dit, la détermination du titre gratuit ou onéreux de la fiducie ne se rapporte pas *nécessairement* au mode de transfert initial ni encore au fait que le constituant reçoit ou non de contrepartie (en particulier, lors de l'acte initial) ou encore que les bénéficiaires n'en versent pas (en particulier, pour être admis à titre de bénéficiaires). À cet égard, nous adhérons à la position de la professeure Bruneau selon laquelle une fiducie peut être constituée à titre onéreux lorsque le constituant reçoit une contrepartie au moment de la constitution, lorsque le bénéficiaire doit donner une contrepartie pour l'avantage reçu ou encore lorsque l'essence même du contrat de fiducie est de faire un profit et non d'administrer une libéralité : D. BRUNEAU, « La fiducie et le droit civil », (1996) 18 *R.P.F.S.* 755, 787-800.

7. Dans le nouveau Code, l'idée de propriété *sui generis* est rejetée. Voir J.E.C. BRIERLEY, « The New Quebec Law of Trusts : The Adaptation of Common Law Thought to Civil Law Concepts », dans H.P. GLENN (dir.), *Droit québécois et droit français : communauté, autonomie, concordance*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, p. 383, à la page 394.

8. L'article 1275 C.c.Q. prévoit néanmoins que le constituant qui se nomme bénéficiaire doit agir avec un cofiduciaire qui n'est ni constituant ni bénéficiaire. La jurisprudence est venue préciser à juste titre que le fiduciaire doit être impartial. Ainsi, la mère dont les enfants sont désignés bénéficiaires ne peut agir à titre de fiduciaire : *Graham c. Boyer-Richard*, [2004] J.Q. n° 5800 (QL), REJB 2004-61697 (C.S.) (j. Hurtubise). L'interprétation stricte de l'article 1275 C.c.Q. et l'obligation pour le constituant fiduciaire de se nommer un cofiduciaire ont pour objet d'éviter qu'un constituant s'adonne à une division patrimoniale artificielle : J. BEAULNE, *Droit des fiducies*, 2^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, p. 175. Quant à la possibilité pour le constituant de se nommer bénéficiaire, il semble s'agir d'un ajout au régime fiduciaire, bien que d'aucuns prétendent que cette possibilité existait sous le régime de l'article 981a du *Code civil du Bas Canada*, L.Q. 1865, c. 41 : voir J. BEAULNE, *id.*, p. 212. La professeure Cantin Cumyn croit, en

- 4) La fiducie est animée d'un souci de *protection* d'un tiers bénéficiaire (comme sous l'ancien régime) et du constituant⁹.

1.3 De la fiducie pour autrui à la fiducie pour soi-même

À la lumière de ce qui précède, le législateur a-t-il véritablement innové et, le cas échéant, comment se présente cette innovation ? Le législateur a consacré l'idée qu'une affectation de biens peut constituer un patrimoine autonome et distinct du patrimoine personnel du constituant, du fiduciaire et du bénéficiaire : la consécration de cette idée est elle-même une innovation radicale. Dès lors, le principe de l'unité du patrimoine selon lequel le patrimoine est indivisible et uniquement rattaché à l'individu n'est plus ! L'éclatement de l'unité du patrimoine est ainsi annoncé à l'article 2 C.c.Q. : « Toute personne est titulaire d'un patrimoine. Celui-ci peut faire l'objet d'une *division* ou d'une *affectation*, mais dans la seule mesure prévue par la loi [l'italique est de nous]. »

Plus loin, l'article 2645, al. 1 C.c.Q. dispose ceci : « Quiconque est obligé personnellement est tenu de remplir son engagement sur tous ses

revanche, qu'en vertu de l'article 1281 C.c.Q. le constituant ne peut se constituer bénéficiaire unique : M. CANTIN CUMYN, « L'acte constitutif d'une fiducie », dans B. MOORE (dir.), *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Éditions Thémis, 2003, p. 650, à la page 654.

9. Si l'idée de protection du patrimoine du constituant ne paraissait pas certaine sous l'ancien régime de la fiducie, le législateur semble avoir donné libre cours à cette possibilité dans le nouveau régime. Les auteurs lui emboîtent le pas et la doctrine à cet égard abonde. À titre d'exemples, voir : N. GIROUARD, « Diverses utilisations des fiducies », dans BARREAU DU QUÉBEC, FORMATION PERMANENTE, *Fiducies personnelles et successions*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2004, p. 1 (l'auteure qualifie cette fiducie de « fiducie avec droit de retour » laquelle offrirait une grande protection aux divers acteurs contre le recours des créanciers.); F. MORIN, « Caractérisation des distributions à une fiducie : capital ou revenu ? Les fiducies de protection du patrimoine », dans BARREAU DU QUÉBEC, FORMATION PERMANENTE, *op. cit.*, p. 35, à la page 49 : « Généralement, lorsqu'un constituant crée une fiducie entre vifs personnelle [...] c'est pour tenter d'exclure une partie de ses avoirs de son patrimoine personnel tout en conservant un certain contrôle sur ce patrimoine »; S. BÉLANGER et I. GOUIN, « Fiducie en faveur de soi-même, fiducie mixte au profit du conjoint et autres modifications législatives », (2000-2001) 22 *R.P.F.S.* 467; M. LEGENDRE, « L'utilisation de la fiducie à titre de mécanisme de protection des actifs dans un contexte de difficultés financières », (1997) 19 *R.P.F.S.* 11-14 : « Pourquoi vouloir protéger ses actifs des réclamations de ses créanciers ? Simple réflexe viscéral »; A. MORRISSETTE, « Utilisation des fiducies dans un contexte commercial », (1996) 18 *R.P.F.S.* 925. Traditionnellement, la doctrine française s'oppose à la création de la notion de patrimoine d'affectation, car les juristes craignent justement la création de divisions patrimoniales artificielles afin d'éviter le recours des créanciers. « Combien de commerçants rêveraient d'avoir deux patrimoines... » : G. CORNU, *Droit civil : introduction, les personnes, les biens*, 11^e éd., Paris, Montchrestien, 2003, p. 380. Eh bien, le législateur québécois a fait de ce rêve une réalité !

biens meubles et immeubles, présents et à venir, à l'exception de ceux qui sont insaisissables et de ceux qui font l'objet d'une *division de patrimoine* permise par la loi [l'italique est de nous].»

L'idée du patrimoine rattaché à la personne ne représente donc plus le principe, bien qu'il demeure prévu dans l'article 2 C.c.Q.¹⁰. La notion de *division de patrimoine* prévue dans cet article consisterait en «un cloisonnement à l'intérieur du patrimoine général d'une personne. Ainsi, certains biens du patrimoine général sont "identifiés" ou réunis pour former un ensemble — un tout — servant une finalité particulière¹¹». Tel serait le cas du patrimoine familial ou de la société d'acquêts¹². Les biens composant le patrimoine divisé sont intégrés dans le patrimoine de base, mais ils forment une «universalité distincte¹³».

Pour sa part, le patrimoine d'«affectation» prévu dans l'article 2 C.c.Q. est une universalité de biens désignée pour servir une fin déterminée; sur cette universalité, personne n'est titulaire d'un droit réel au sens traditionnel. Le patrimoine d'affectation, contrairement au patrimoine divisé, constitue un *patrimoine séparé* défini comme «un ensemble de droits, détachés du patrimoine général d'une personne et soumis à un régime juridique particulier¹⁴».

Le patrimoine séparé n'est pas saisissable par les créanciers de son constituant. À noter que l'insaisissabilité ne découle pas du fait que le patrimoine séparé est excepté à l'article 2645 C.c.Q. (comme l'est le patrimoine divisé). Le patrimoine séparé est insaisissable parce qu'il ne fait pas partie du gage commun. Il a été séparé de la personne et du patrimoine principal, comme le permet l'article 2 C.c.Q.

L'innovation du *Code civil du Québec* en matière patrimoniale consiste donc en la possibilité pour la personne, titulaire d'un patrimoine,

10. Pour certains, la formulation de l'article 2 C.c.Q. prévoyant le rattachement du patrimoine à la personne n'est là que pour sauver les apparences. Telle est notamment l'opinion du juriste John B. CLAXTON, *Studies on the Quebec Law of Trust*, Toronto, Carswell, 2005, p. 45, par. 2.28, commentant les idées du professeur Roderick A. Macdonald: J.E.C. BRIERLEY et R.A. MACDONALD (dir.), *Quebec Civil Law: An Introduction to Quebec Private Law*, Toronto, Emond Montgomery Publications, 1993, p. 45.

11. L.-H. RICHARD, «L'autonomie patrimoniale de la société: le patrimoine d'affectation, une avenue possible?», (2002) 36 *R.J.T.* 733, 753; l'italique est de nous. D'autres auteurs qualifieront le patrimoine divisé comme une sous-catégorie de biens à même le patrimoine général: M. CANTIN CUMYN, «La fiducie, un nouveau sujet de droit?», dans J. BEAULNE (dir.), *Mélanges Ernest Caparros*, coll. «Bleue», Montréal, Wilson & Lafleur, 2002, p. 136.

12. L.-H. RICHARD, *loc. cit.*, note 11, 753.

13. J. BEAULNE, *op. cit.*, note 8, p. 29-30.

14. J.-P. DUNAND, *op. cit.*, note 5, p. 435; l'italique est de nous.

de constituer un patrimoine séparé dans les limites permises par la loi (art. 2 C.c.Q.). L'une de ces limites est l'impossibilité de posséder, sur ce patrimoine séparé, un droit dit réel (art. 1261 C.c.Q.). En d'autres termes, le constituant peut créer un patrimoine nouveau en conservant sur celui-ci uniquement des droits dits personnels (art. 1261, *a contrario*).

Encore, il est possible pour le constituant de créer une fiducie en y transférant de ses biens et en se nommant à la fois cofiduciaire (art. 1275 C.c.Q.) et bénéficiaire des fruits produits par le patrimoine et, éventuellement, le capital (art. 1281 C.c.Q.). Qu'est-ce que cela signifie concrètement ? N'y a-t-il pas là détournement de l'institution fiduciaire en ce qu'il y aurait à la fois séparation du patrimoine et conservation par le constituant de droits (quasi réels) sur le patrimoine ainsi séparé ? La Cour suprême du Canada a été saisie de la question.

2 La réception judiciaire de la séparation du patrimoine

À la lumière de ce qui précède, la question qui vient à l'esprit est de savoir si la conception classique et unitaire du patrimoine continue d'être la règle générale. Dans l'affirmative, dans quelles circonstances est-il possible, par exception, de procéder à une séparation du patrimoine ?

La question de la primauté de la conception classique et unitaire du patrimoine a été soumise, en 2004, à la Cour suprême du Canada. Le plus haut tribunal du pays avait le choix : opter pour la primauté de la conception classique et unitaire du patrimoine ou favoriser l'audace théorique et conceptuelle de l'autonomie du patrimoine du nouveau Code civil. La Cour suprême a penché du côté de la conception classique et unitaire du patrimoine.

Dans l'arrêt *Thibault*¹⁵, la Cour suprême est saisie de la question de savoir si la création d'un fonds de pension autogéré où *le constituant se réserve le droit de conclure des opérations et de faire des retraits sur l'actif* constitue une fiducie ? Si la Cour suprême répond par l'affirmative, les biens placés dans la fiducie contestée seront insaisissables ; si son avis est négatif, les biens en question seront saisissables. Dans sa réponse, la Cour suprême confirmera la décision de la Cour d'appel du Québec¹⁶ en déclarant, notamment, que le fonds de pension autogéré créé par l'appelant Thibault n'a pas pour effet de créer une fiducie et, partant, un patrimoine autonome distinct de son propre patrimoine. En l'occurrence, le

15. *Banque de Nouvelle-Écosse c. Thibault*, précité, note 1.

16. *Banque de la Nouvelle-Écosse c. Thibault*, [2001] R.J.Q. 2099 (C.A.) (jj. Chamberland et Fish (majoritaires) et Rothman (dissident)).

tribunal affirme qu'il n'y a pas eu véritable transfert des sommes d'argent du patrimoine de l'appelant Thibault à un patrimoine distinct. Le fonds créé continue donc de faire partie du patrimoine de Thibault, gage commun de ses créanciers. Cet arrêt a été suivi dans une série de jugements dont l'arrêt *Bagnoud*¹⁷ de la Cour d'appel du Québec. Cette dernière précise, dans cette affaire, que le patrimoine peut être constitué d'un fonds commun de placements en fiducie sur lequel le constituant-bénéficiaire se réserve un droit *limité* de diriger les investissements. Alors, notamment, il sera dit que le régime n'est pas autogéré.

À la lumière de l'arrêt *Thibault*, il est possible de soutenir que la Cour suprême réaffirme la primauté du principe de l'unité du patrimoine prévu dans l'article 2 C.c.Q. Autrement dit, un patrimoine d'affectation qui permet à son constituant de se nommer fiduciaire et de se réserver le droit de diriger les placements ou de se réserver le capital conformément aux articles 1275 et 1281 C.c.Q. n'est pas reconnu. En fait, pareille affectation des biens du patrimoine ne forme tout simplement pas un patrimoine d'affectation. Cela s'explique du fait que la séparation du patrimoine personnel menace la survie de certains principes et notions fondamentaux du droit civil : l'irrévocabilité des libéralités, le principe voulant que le patrimoine d'une personne soit le gage commun des créanciers, le caractère unitaire de la propriété et l'acte de transfert de propriété.

3 Les enjeux jurisprudentiels : discordance avec le droit positif

La portée de la décision de la Cour suprême dans l'arrêt *Thibault* fait ressortir la discordance de la fiducie-patrimoine d'affectation du *Code civil du Québec* au regard des autres pans du droit positif. Cette hypothèse se confirme en étudiant la fiducie à la lumière de certains principes et notions traditionnels du droit civil ou encore, pouvons-nous dire, en mettant en rapport la fiducie et des principes et notions tirés du droit des libéralités (3.1), du droit des obligations (3.2) et du droit des biens (3.3).

17. *Pierre Roy et associés Inc. c. Bagnoud*, [2005] R.J.Q. 1378, [2005] J.Q. n° 5931 (QL), EYB 2005-90306 (C.A.) (j. Pelletier, Dalphond et Bich); *Québec (Sous-ministre du Revenu) c. Tardif*, [2006] QCCS 14 (QL), EYB 2006-99571 (C.S.) (j. Allard); *Gervais (Syndic de) c. Appel et Cie*, [2005] R.L. 472, EYB 2005-94731 (C.S.) (j. Mayrand); *Castonguay (Syndic de) c. Raymond Chabot Inc.*, [2005] J.Q. n° 10902 (QL), EYB 2005-93763 (C.S.) (j. Corriveau); *Québec (Sous-ministre du Revenu) c. Gosselin*, [2005] J.Q. n° 8733 (QL), EYB 2005-92298 (C.S.) (j. Moreau); *Legault (Syndic de) c. Bernard Chabot Inc.*, [2004] R.J.Q. 2170, REJB 2004-66051 (C.S.) (j. Zerbisias); *Ma-Hive (Syndic de)*, [2005] J.Q. n° 5842 (QL), EYB 2005-90252 (C.S.).

3.1 La logique du droit des libéralités : *donner et retenir ne vaut*

En dépit de l'intention altruiste qui les motive généralement, les donations sont appréhendées avec suspicion par le droit. Ainsi, la donation d'un bien doit, sous peine de nullité absolue, être effectuée par acte notarié et être publiée; c'est même par voie d'exception que le droit valide le don d'un bien meuble qui s'accompagne d'une tradition immédiate¹⁸. Dans le même esprit, la révocation directe ou indirecte d'une donation est interdite : *donner et retenir ne vaut*. De manière générale, nul ne peut faire de donations déguisées ou apparentes afin de dissimuler à ses créanciers des parties ou la totalité de son patrimoine.

La maxime *donner et retenir ne vaut* trouve application lors de la constitution d'une fiducie par acte à titre gratuit. Par exemple, si une personne constitue une fiducie en y transférant des biens sur lesquels le constituant conserve des prérogatives analogues à ceux d'un propriétaire, ou si le constituant se réserve le droit de les reprendre ultérieurement, la fiducie peut être déclarée inexistante¹⁹. C'est pourquoi la doctrine convenait sous l'ancien régime des fiducies des articles 981a et suivants C.c.B.C. qu'un constituant ne pouvait se faire une donation à lui-même en créant une fiducie en sa faveur. La même règle s'applique dans la common law²⁰.

Un jugement fort intéressant, rendu sous l'ancien régime par la Cour du Québec, concerne la validité d'une fiducie constituée par donation où la constituante se réservait une série de droits²¹. Dans les circonstances, la question de la validité de la fiducie était lourde de conséquences, car, au décès de la constituante, le ministère du Revenu a modifié le calcul du revenu de la testatrice pour y inclure la plus-value résultant de la disposition présumée des biens de la fiducie. Selon le ministère du Revenu, cette plus-value devait être portée au compte de la défunte, car il ne s'agissait pas d'une véritable fiducie, la défunte s'étant réservé trop de prérogatives sur les biens en question. Bref, si la fiducie était déclarée valide, ce revenu ne ferait pas partie du patrimoine de la défunte et ne pourrait être inclus

18. Art. 1824 C.c.Q.

19. Sur le strict plan des règles régissant les donations, les articles 1807, al. 1 et 1822 C.c.Q. tranchent la question. Il en est autrement lorsque la série de prérogatives conservées par le constituant se fait si subtile qu'elle nécessite une analyse plus approfondie : voir M. NACCARATO, *op. cit.*, note 2.

20. A.J. McCLEAN, « *Tucker v. Royal Trust Co.*, "Through Common Law Eyes" », (1984) 15 *R.D.U.S.* 31, 36-37.

21. Bien qu'il s'agisse d'un jugement de la Cour du Québec, sa pertinence et son bien-fondé méritent d'être signalés.

dans le calcul d'imposition²². Une déclaration d'invalidité emporterait des conséquences inverses. En s'inspirant des principes formulés par la doctrine et la jurisprudence, le juge Bourret conclut comme suit :

En se réservant :

- le droit de dicter au fiduciaire de vendre les biens donnés ;
- le droit de dicter au fiduciaire les placements à effectuer à même le produit de ces ventes ; et
- le droit de retenir pour son propre bénéfice les droits et privilèges afférents au détenteur des biens compris dans la fiducie ;

la *de cuius* n'a pas créé une vraie fiducie au sens de 981a et suivants et n'a pas constitué un transport avec *dessaisissement effectif* en faveur du fiduciaire ou indirectement s'est nommée elle-même fiduciaire [l'italique est de nous]²³.

Voici l'un des passages de l'important ouvrage de Marcel Faribault que fait sien le juge Bourret : « Le transport à soi-même est un non-sens et la pratique de se nommer soi-même fiduciaire n'est pas autre chose que la déclaration de trust du droit anglais tandis que notre fiducie par donation est une vraie donation, soumise à toutes les règles de celle-ci ; elle devra notamment être acceptée et constituer un contrat dessaisissant le donateur²⁴. »

Et, plus loin, le juge Bourret reprend avec à-propos le célèbre arrêt *Tucker* de la Cour suprême : « De même, le transport des biens en faveur du fiduciaire doit être immédiat : « s'il s'agit d'une fiducie constituée par donation entre vifs, il est essentiel à sa validité que le constituant se soit actuellement et irrévocablement dépouillé des biens transportés en fiducie. *Donner et retenir ne vaut*²⁵ [l'italique est de nous] ». »

22. *Peter W. Darling & Associés c. Québec (Sous-ministre du Revenu)*, [1990] R.D.F.Q. 180, EYB 1989-83570 (C.Q.) (j. Bourret) [*Darling* (C.Q.) avec renvois à la R.D.F.Q.].

23. *Id.*, 182. Ce jugement a été renversé par la Cour d'appel du Québec (*Darling c. Québec (Sous-ministre du Revenu)*, [1996] R.D.F.Q. 28, [1996] A.Q. 756 (QL), EYB 1996-30631 (C.A.) (jj. Deschamps, Michaud et Biron)) mais, pour l'essentiel, il est permis de dire que sa portée a été réhabilitée par le jugement de la Cour suprême dans l'arrêt *Thibault*, précité, note 1. Voir la portée limitée donnée à l'arrêt *Darling* de la Cour d'appel par un autre banc de la même Cour dans l'affaire *Pierre Roy et associés inc. c. Bagnoud*, précitée, note 17.

24. M. Faribault, *Traité théorique et pratique de la fiducie ou trust du droit civil de la province de Québec*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1936, p. 223, tel qu'il est cité dans l'arrêt *Darling* (C.Q.), précité, note 22.

25. *Royal Trust Company c. Tucker*, précité, note 4, 272, tel qu'il est cité dans *Darling* (C.Q.), précité, note 22, 183. Dans la jurisprudence québécoise, voir aussi *Canada Trust c. Gabriel*, [1993] A.Q. 99 (QL), J.E. 93-395 (C.S.) (j. Piché). Dans la jurisprudence de droit civil normand des îles Anglo-Normandes (Jersey) (R.-U.), voir *Abdel Rahman c.*

L'application de la maxime *donner et retenir ne vaut* continue, à notre avis, de recevoir application sous le nouveau régime²⁶. Ainsi, la possibilité pour le constituant de se réserver certains avantages que lui permet l'article 1281 C.c.Q. est limitée par cette maxime qui est d'ordre public. Cette règle a pour objet de sanctionner les donations fausses ou déguisées faites en vue de soustraire des biens à l'emprise des créanciers éventuels.

À l'instar de la donation qui, pour être valide, doit emporter *dessaisissement* des biens transférés (art. 1807 et 1822 C.c.Q.), la fiducie personnelle doit aussi comporter un dessaisissement actuel et effectif des biens du patrimoine du constituant en faveur du patrimoine d'affectation. En ce qui concerne la fiducie à titre gratuit, ce dessaisissement trouve son fondement dans la maxime *donner et retenir ne vaut*, alors que, en ce qui concerne la fiducie à titre onéreux, le dessaisissement tire sa source du seul article 1260 C.c.Q.

3.2 La logique du droit des obligations : le transfert de l'article 1260 du Code civil du Québec implique dessaisissement

L'article 1260 C.c.Q. dispose ceci :

La fiducie résulte d'un acte par lequel une personne, le constituant, *transfère* de son patrimoine à un autre qu'il constitue, des biens qu'il affecte à une fin particulière et qu'un fiduciaire s'oblige, par le fait de son acceptation, à détenir et à administrer [l'italique est de nous].

Chase Bank, [1991] J.L.R. 103 (Royal Ct.). *Contra*: *Grupo Torras et al. c. Sheik Fahad Mohammed A. Sababah et al.*, [2003] J.R.C. 092 (Royal Ct.). Ces dernières décisions sont citées dans J.B. CLAXTON, *op. cit.*, note 3, p. 171-172.

26. Voir M. NACCARATO, *op. cit.*, note 2. C'est aussi le sens qui se dégage de l'arrêt *Thibault*, précité, note 1, rendu par la Cour suprême dans un cas de fiducie constituée à titre onéreux, mais dont les principes s'appliquent, peut-être davantage encore, à la fiducie constituée à titre gratuit : arrêt *Thibault*, précité, note 1, par. 41. Nous en discutons à la section 3.2. Voir toutefois J.B. CLAXTON, *op. cit.*, note 3, p. 110, et J.E.C. BRIERLEY, « The Gratuitous Trust: A New Liberality in Quebec Law », (1998) 100 *R. du N.* 213, 231-233. Le regretté professeur Brierley est d'avis que l'acte à titre gratuit (art. 1267 C.c.Q.) à la base de la fiducie personnelle constitue un acte *sui generis* et non une donation. Et puisqu'il en est ainsi, la maxime *donner et retenir ne vaut* ne saurait s'appliquer en l'espèce. Cet avis singulier demeure cependant isolé. En revanche, la Cour supérieure du Québec assimile la constitution d'une fiducie à titre gratuit à une donation pure et simple : *CIBC c. Plachcinski (Syndic de)*, J.E. 2002-1699, IIJCan539, REJB 2002-33262 (C.S.), par. 44, (j. Chaput). Ce jugement a été renversé par la Cour d'appel du Québec au motif que le transfert attaqué comportait la libération du cédant à l'égard du créancier hypothécaire. La Cour d'appel a conclu que la libération du cédant constitue une contrepartie suffisante pour conférer à la cession un caractère onéreux : *Plachcinski (Syndic de)*, 2005 QCCA 1176, J.E. 2006-91, IIJCan1176, REJB 2004-65033 (j. Dalphond). À notre avis, cette *ratio decidendi* n'influe en rien sur l'exercice de qualification du premier juge qui lui a permis de justifier l'assimilation des notions d'*acte à titre gratuit* et de *donation* dans les circonstances.

Dans le désormais célèbre arrêt *Thibault*, la Cour suprême s'est prononcée sur la validité, voire l'existence d'une fiducie créée par le placement de sommes d'argent dans un régime de retraite enregistré²⁷.

La Cour suprême conclut, après analyse, à l'absence formelle et juridique de transfert :

[L']absence de toute clause prévoyant le transfert, combinée avec la formulation de la clause 4 traitant des retraits, permet de conclure que les biens ne sont pas transférés à un patrimoine d'affectation et ce, à tout le moins, avant la date d'échéance du Régime. En effet, comme l'actif peut être retiré en tout ou en partie jusqu'à l'échéance du Régime, il faut conclure que le propriétaire-rentier, pendant cette première étape du Régime, ne s'est pas dessaisi de son actif en faveur d'un patrimoine d'affectation²⁸.

S'il n'y a pas création d'une fiducie, y a-t-il constitution d'une rente ? La question mérite d'être étudiée, car, à certaines conditions, la rente peut être insaisissable. En l'occurrence, selon la Cour suprême, aucune rente n'a été constituée. Faute d'*aliénation* au sens de l'article 2367 C.c.Q., il ne peut y avoir constitution de rente, tout comme faute de *transfert*, il ne peut y avoir création de fiducie²⁹.

27. Arrêt *Thibault*, précité, note 1.

28. *Id.*, 771-772.

29. *Id.*, 769, citant J.E.C. BRIERLEY et R.A. MACDONALD (dir.), *op. cit.*, note 10, p. 130 [notre traduction] : « L'article 1787 C.c.B.C. n'employait pas le mot « aliénation » comme le fait l'art. 2367 C.c.Q. L'acte d'aliénation a, en droit civil, une portée précise. Cet acte incorpore la notion de permanence. Lorsqu'un bien est aliéné, le transfert de patrimoine est définitif, permanent. Cette portée est d'ailleurs conforme au concept de droit romain [H. HULOT et J.F. BERTHELOT, *Les cinquante livres du Digeste ou des Pandectes de l'empereur Justinien* (trad. par H. Hulot), Metz, Behmer et Lamort, 1805, livre L, titre XVI, p. 608, par. 67], qui a fortement imprégné le droit civil français et faisait partie de la tradition juridique du Bas-Canada au moment de l'adoption du *Code civil du Bas Canada*. » Voir aussi P.-A. CRÉPEAU et autres, *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues – Les obligations*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, s.v. « transfert » (terme défini comme la « transmission d'un droit ») et « transmission » (terme défini comme une « opération par laquelle des droits ou des obligations passent d'une personne à une autre ou d'un patrimoine à un autre [l'italique est de nous] »). Il importe d'ajouter que, en raison de la disparité entre divers régimes de retraite créée par l'arrêt *Thibault*, précité, note 1, le législateur québécois s'est empressé d'adopter la *Loi modifiant la Loi sur les sociétés d'assurances* L.C. 1999, c.1, et la *Loi sur les sociétés de fiducie et les sociétés d'épargne*, L.R.Q. 1987, S-29.01, sanctionnée le 16 décembre 2005 et entrée en vigueur le 1^{er} mars 2006. Aux termes de cette loi, l'insaisissabilité des rentes créées en vertu des articles 2367, 2457 et 2458 C.c.Q. n'est point touchée par la faculté de retrait partiel du constituant ni par l'exercice des choix de placement (de la part du constituant). Autrement dit, la maîtrise du capital accumulé pour le service de la rente n'est pas modifiée par la conservation des susdites prérogatives par le constituant. Ce changement législatif règle le cas de figure de l'arrêt *Thibault*, précité, note 1, et les nombreux cas semblables. Le législateur permet ainsi aux travailleurs et, en particulier, aux travailleurs

Au regard du droit des obligations, la création d'une fiducie dépend de la présence d'un véritable transfert de droits du patrimoine du constituant au patrimoine fiduciaire. Que ce transfert se nomme *dessaisissement* ou *aliénation*, le constituant ne peut se réserver sur l'objet du transfert (par exemple, un immeuble, une universalité de créances) plus de droits qu'il n'en cède. Évidemment, le constituant ne peut non plus aller jusqu'à feindre l'existence même d'une fiducie en stipulant un transfert de droits qui n'a pas véritablement lieu. Le constituant ne peut *simuler* la création d'une fiducie et, en réalité, rester propriétaire des biens supposément transférés en fiducie. D'ailleurs, la juge Marie Deschamps n'en vient-elle pas à semblable conclusion dans l'arrêt *Thibault* lorsqu'elle dit que « [le] détenteur de l'actif du Régime n'a de fiduciaire que le nom³⁰ » ?

Dans la section 3.3, nous traiterons de l'article 1261 C.c.Q. qui interdit indirectement à quiconque de détenir sur les biens transférés en fiducie des droits réels. Cependant, nous verrons qu'il n'est pas toujours facile de distinguer entre *droit réel* et *droit personnel*. La création de certains *droits intermédiaires* rend la distinction difficile d'application.

3.3 La logique du droit des biens

Lorsque l'article 1261 C.c.Q. dispose que les principaux acteurs d'une fiducie ne peuvent détenir de droit réel sur les biens de celle-ci, le législateur impose non seulement une règle qui régit la composition du patrimoine, mais aussi une règle formelle de validité. Autrement dit, la fiducie constitue un patrimoine d'affectation sur lequel personne ne détient ni ne peut détenir de droit réel. À notre avis, la présence d'un droit réel en faveur de quiconque fait échec à l'existence même de la fiducie :

[Je] ne peux pas concevoir qu'on puisse du même souffle affirmer que le déposant peut retirer en tout temps, en tout ou en partie, les actifs du Régime et dire qu'il n'a plus aucun « droit réel » sur les biens constituant le patrimoine fiduciaire (article 1261 C.c.Q.); pas plus qu'on puisse affirmer que le déposant est entièrement responsable de choisir les placements d'origine et de décider ce que le fiduciaire doit faire d'un placement et, en même temps, soutenir que ce dernier a la maîtrise et l'administration exclusive du patrimoine fiduciaire (article 1278 C.c.Q.)³¹.

indépendants de se créer des fonds de retraite insaisissables comme le sont, en général, ceux des salariés. Cette loi ne modifie en rien la portée de l'arrêt *Thibault*, en dehors des cas de rentes des articles précités. Ainsi, les patrimoines d'affectation créés avec les mêmes termes que ceux qui sont contenus dans l'arrêt *Thibault*, s'exposent au risque d'être déclarés inexistants.

30. Arrêt *Thibault*, précité, note 1, par. 38.

31. Arrêt *Thibault*, précité, note 16, 2104.

Il existe cependant des situations où le droit dit réel prohibé par l'article 1261 C.c.Q. n'est pas si facilement décelable. Le droit réel peut consister, traditionnellement, soit en un droit sur le bien en faveur d'autrui, soit en un droit de propriété en faveur du titulaire. Ainsi, l'expression «droit réel», telle qu'elle est employée dans l'article 1261 C.c.Q., fait référence à un droit plus large que le droit de propriété proprement dit³². L'emploi de l'expression «droit réel» a pour objet, selon la professeure Cantin Cumyn, d'exclure la possibilité que les principaux acteurs de la fiducie détiennent des droits fondés sur les notions de démembrement de la propriété³³.

Il reste que la distinction entre ce que constituent un *droit réel* et son opposé, le *droit personnel*, n'est pas aussi aisée à faire que cela puisse paraître. Les juristes civilistes s'y emploient depuis longtemps, mais ne réussissent pas à s'entendre. Ainsi, pour le professeur Ginossar, ce qui permettrait de distinguer les droits de l'individu sur un bien sont l'appartenance, l'intensité de sa relation par rapport au bien, ou encore l'opposabilité du droit³⁴. Aux yeux de cet auteur, le droit réel et le droit personnel constitueraient les mêmes éléments situés aux deux extrémités d'une même chaîne. C'est l'intensité du rapport qui varie. La ligne les séparant se révèle parfois mince. C'est ainsi que, dans le doute, les tribunaux montrent une hésitation certaine à reconnaître l'existence d'une fiducie. À titre d'exemple, le juge Pronovost de la Cour supérieure du Québec constate que la création d'un régime de retraite enregistré en compte distinct sur lequel le constituant se réserve la gérance et le pouvoir de retirer certaines sommes, lui accorde

32. M. CANTIN CUMYN, *op. cit.*, note 11, p. 135.

33. *Ibid.*

34. Voir S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance, élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1960. La thèse de Ginossar s'inscrit dans une longue controverse portant sur la qualification des droits et des biens, l'une prônant la propriété sur les biens corporels et sur les biens incorporels (les créances) et l'autre militant en faveur de la corporalité des biens, toutes choses incorporelles ne pouvant faire l'objet d'un droit de propriété. L'intérêt de la thèse de Ginossar réside dans l'exercice qu'il fait de démontrer la relative distinction qui oppose le droit réel du droit personnel, allant parfois jusqu'à les confondre. C'est ainsi, croyons-nous, que le choix du législateur de fonder les droits des bénéficiaires de la fiducie en fonction de cette classification, à l'article 1261 du *Code civil du Québec* est malheureux. Le débat sur la classification des droits et des biens est loin d'être terminé. Pour la thèse en faveur de la reconnaissance de la créance (ou chose incorporelle) en tant que bien, voir : Y. EMERICH, «Faut-il condamner la propriété des biens incorporels ? Réflexion autour de la propriété des créances», (2005) 46 *C. de D.* 905. Pour la thèse s'opposant à la reconnaissance de la chose incorporelle en tant que bien, voir M. CANTIN CUMYN et M. CUMYN, «La notion de bien», dans S. NORMAND (dir.), *Mélanges offerts au professeur François Frenette : études portant sur le droit patrimonial*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2006, p. 127.

un droit qui, sans être absolu, comporte, malgré certaines restrictions, « un certain droit de propriété sur ses actifs [l'italique est de nous]³⁵ ».

Sans même invoquer le droit de propriété, nous pouvons affirmer que certains droits, bien qu'ils soient en apparence personnels, peuvent dans leur ensemble aboutir à un droit traditionnellement appelé « démembrement innommé ». La question de la possibilité de créer des démembrements innommés est cruciale pour déterminer l'exacte mesure de l'interdit véhiculé par l'article 1261 C.c.Q. Pour notre part, nous croyons que cet interdit rend impossible la création d'un *droit réel intermédiaire* sur le patrimoine fiduciaire ou les biens transférés en fiducie. Cela résulte du principe du *numerus clausus* qui, depuis le droit romain, défend la création de démembrements innommés non explicitement prévus par le droit positif³⁶; ce souci de transparence a pour objet notamment de protéger les créanciers qui sont en droit de compter sur les biens du débiteur pour réaliser leur créance³⁷.

Ajoutons à la complexité du tableau : nous avons dit plus haut que les principaux acteurs de la fiducie ne peuvent, sous peine de nullité, détenir sur le patrimoine fiduciaire de droit réel, et ce, qu'il s'agisse d'un droit de propriété, d'un démembrement (nommé) du droit de propriété ou d'un démembrement innommé. Il serait tentant de prime abord de croire qu'*a contrario* les principaux acteurs peuvent détenir sur ce patrimoine uniquement des droits personnels. Cependant, si nous regardons la question de plus près, il n'est même pas certain qu'il en soit ainsi. Les droits de surveillance et de contrôle prévus dans l'article 1287 et suivants C.c.Q. témoignent de l'emprise que réserve le législateur aux constituants et bénéficiaires sur les

35. Rivard (*Syndic de*), J.E. 2005-1158, IIJCan20101, EYB 2005-91305 (C.S.) (j. Pronovost) par. 47.

36. Bien que le professeur S. NORMAND, *Introduction au droit des biens*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2000, p. 267 et suiv., reconnaisse l'existence de pareils démembrements, l'une des légistes ayant participé à la réforme du *Code civil du Québec* considère que la possibilité de créer des démembrements innommés n'est pas si certaine et qu'il s'agit d'une question à laquelle le nouveau Code ne répond pas : « Certaines questions demeurent cependant irrésolues. Ainsi, les démembrements de la propriété paraissent encore à certains égards engoncés dans la tradition. Ces démembrements sont-ils limités à ceux énoncés au Code ou en existe-t-il d'autres ? Le statut du droit de chasse et de pêche n'aurait-il pas dû être clarifié ? » (M.J. LONGTIN, « La réforme du Code civil : objet et méthode », dans S. LORTIE, N. KASIRER et J.-G. BELLEY (dir.), *Du Code civil du Québec : contribution à l'histoire immédiate d'une recodification réussie*, Montréal, Éditions Thémis, 2005, p. 163, à la page 190).

37. J.-P. DUNAND, *op. cit.*, note 5, p. 353, voir aussi p. 25, 38-39, 299-302.

biens de la fiducie. À notre avis, ce droit de regard excède le cadre d'un simple droit personnel³⁸.

Si nous considérons que le constituant détient d'emblée un droit supérieur à un droit personnel sur le patrimoine fiduciaire (art. 1287 C.c.Q.) et que le constituant peut se réserver sur les biens du patrimoine fiduciaire des droits additionnels importants soit à titre de bénéficiaire (fruits et capital (art. 1281 C.c.Q.)), soit à titre de cofiduciaire (*abusus* (art. 1275 C.c.Q.)), il n'est pas exagéré de dire que la somme de ces droits pourra faire basculer les droits du constituant-bénéficiaire dans le camp des droits réels. Pour reprendre l'exemple de l'arrêt *Thibault*, c'est le cas du constituant qui, sans même se nommer cofiduciaire, se réserve le droit de diriger les placements ou de retirer les sommes d'argent à même l'actif du régime constitué en fiducie³⁹.

De manière plus subtile, il peut arriver que le constituant transfère un ou des biens à un patrimoine fiduciaire en vue de créer un patrimoine d'affectation, alors que sous une condition non potestative les biens lui reviendront à un moment futur. Le dépouillement apparent et temporaire du constituant ne ressemble-t-il pas au droit résiduaire du nu-propriétaire (*vis attractiva*), qui lui permet un jour, au moins en théorie, de réunir tous les morceaux épars de son droit de propriété?

Un autre cas de figure mérite d'être analysé : imaginons que les biens réservés au profit du constituant prennent la forme d'une créance discrétionnaire payable à sa seule volonté. Ou encore, stratagème à peine plus subtil, pensons à une fiducie créant une rente en faveur du constituant et prévoyant la suppression des versements payables s'il devient insolvable et la reprise des paiements une fois qu'il est redevenu solvable ou qu'il a été libéré de sa faillite⁴⁰. En pareils cas, l'une des conditions essentielles à la formation de la fiducie, soit le dessaisissement de la propriété, fait

38. J.E.C. BRIERLEY, « De certains patrimoines d'affectation », dans BARREAU DU QUÉBEC et CHAMBRE DES NOTAIRES, *La réforme du Code civil : personnes, successions, biens*, t. 1, Sainte-Foy, Les Presses de l'Université Laval, 1993, p. 734, à la page 772. Voir aussi A. STEPKOWSKI, *L'institution du trust dans le système mixte du droit privé écossais*, Varsovie, Liber, 2005, p. 83 : « En général, on souligne que le *ius crediti* du bénéficiaire constitue un droit meilleur que toute autre prétention personnelle ». Au sujet du recours du constituant contre le fiduciaire pour non-restitution, voir J.-P. DUNAND, *op. cit.*, note 5, p. 106, 167-168, 213-213.

39. Arrêt *Thibault*, précité, note 16, par. 103 (J. Chamberland). Voir aussi M. NACCARATO, *op. cit.*, note 2.

40. Cela rend, par le fait même, la créance indue et non exigible et, partant, insaisissable en main tierce.

défaut⁴¹. La nullité ou l'inexistence de la fiducie s'expliquent alors par l'absence de véritable patrimoine autonome. En vertu des règles traditionnelles du droit privé, le patrimoine demeure sous l'emprise du constituant, à la manière du nu-propriétaire qui a consenti un usufruit à un tiers pour une période déterminée après laquelle il sera réinvesti de la pleine propriété. Pour qu'une fiducie soit valablement créée, l'autonomie du patrimoine doit être véritable en fonction des règles de droit privé. De plus, pareille condition potestative, exprimée sous forme de créance discrétionnaire au bénéfice du constituant, serait inopposable aux créanciers dans un contexte de fraude paulienne⁴².

Compte tenu de la fluidité des notions de *droit réel* et de *droit personnel*, voire du flou qui les entoure, le droit que le constituant peut se réserver sur le patrimoine fiduciaire ressemble parfois autant à un droit personnel qu'à une espèce d'usufruit⁴³. Pour cette raison seule, il nous paraît curieux que le législateur ait choisi l'opposition *droit réel/droit personnel* pour désigner la nature du droit que détiennent les différents acteurs sur le patrimoine fiduciaire⁴⁴. À tort ou à raison, le législateur propose ce cadre d'analyse pour décider de la validité d'une fiducie. Pour ceux et celles qui comptent

41. Voir l'opinion du juge Fish dans l'arrêt *Thibault*, précité, note 16, par. 110: «The purely potestative essence of the plan is reflected in its other components. Thus, for example, the designation of a beneficiary is described in the contract as “une condition fondamentale du régime”. Yet the contract permits the owner of the plan to withdraw some or all of its assets without the designated beneficiary's consent – even where, as here, the beneficiary is the owner's spouse – unless the owner has chosen to make that designation irrevocable.»

42. Voir, par exemple, *Petro-Canada c. Les Pétroles Astro Inc.*, [2004] R.J.Q. 179, REJB 2003-49654, [2003] J.Q. n° 15384 (QL) (C.S.) (J. Blondin).

43. M. NACCARATO, *op. cit.*, note 2, p. 15 et suiv.; J. DUBÉ, «De la renonciation à une fiducie personnelle», (2002) 81 *R. du B. can.* 431, 437: «[P]renons l'exemple du bénéficiaire des fruits et revenus [selon l'art. 1281 C.c.Q.] de la fiducie et demandons-nous pourquoi il jouit d'un statut si différent de celui de l'usufruitier.» Il en est de même en droit écossais qui consiste en un système mixte de droit civil et de common law. Voir A. STEPKOWSKI, *op. cit.*, note 38, p. 42: «Un autre type de trust est le *Trust for Life Rent and Fee*, qui est couramment appliqué pour régler les relations patrimoniales familiales. Il s'est formé au XIX^e siècle, où on a commencé à constituer le droit d'usufruit (*life rent*) sous la forme de trust selon le modèle de l'*usufructus* romain, copié par les Écossais dans le système du droit foncier.» En revanche, certains auteurs québécois croient que la réserve de l'usufruit par le constituant d'une fiducie en droit québécois était permise sous l'ancien régime et continue de l'être sous le régime actuel. Voir: J.B. CLAXTON, *op. cit.*, note 3, p. 121; J. BEAULNE, *op. cit.*, note 8, p. 212.

44. Les mêmes interrogations se posaient à Rome, à l'époque de la *fiducia*, mais, à ce moment-là, les grandes notions du droit privé, tel le droit de la propriété absolu, le droit de créance ou le patrimoine, ne bénéficiaient pas de la même précision théorique et conceptuelle. Voir J.-P. DUNAND, *op. cit.*, note 5, p. 109.

l'utiliser, nous leur soumettons le principe que nous en avons tiré : *le constituant ne pourra pas, sous peine de nullité, se réserver ou conserver, sur les biens transférés en fiducie, une série de droits, même personnels, prépondérants par rapport aux droits dont il s'est départi.*

En fin de compte, la qualification de la fiducie-patrimoine d'affectation selon le droit des libéralités, le droit des obligations et le droit des biens sert à apprécier l'adéquation de cette nouvelle institution au regard des plus anciennes et, en cas de discordance, à en préciser les règles de validité. Concernant la validité d'une fiducie justement, droit des libéralités, droit des obligations et droit des biens posent tous la même question fondamentale : « Le constituant [de la fiducie] s'est-il véritablement départi de ses biens⁴⁵ ? »

Le professeur suisse Jean-Philippe Dunand dit ceci : « Alors que dans certains ordres juridiques la question de la nature juridique du droit du fiduciaire sur le patrimoine fiduciaire est controversée, le législateur québécois a quant à lui tranché le problème d'une manière radicale : le patrimoine fiduciaire n'appartient à personne⁴⁶ ! »

Cette opinion contraste avec celle qui a été émise par le juge Jacques Chamberland, sous-ministre de la Justice du Québec au moment de l'adoption du nouveau Code civil, pour qui la fiducie « ne crée pas de brèche dans la conception civiliste de la propriété⁴⁷ ».

Qu'en est-il vraiment ? La fiducie du *Code civil du Québec* constitue-t-elle véritablement une innovation majeure et radicale ?

Nous avons vu que :

- 1) la fiducie du législateur québécois est un patrimoine d'affectation autonome, détaché de toute personne ;
- 2) en dépit de la faculté accordée au constituant de se réserver les fruits et éventuellement le capital des biens qu'il a transférés en fiducie, les tribunaux sanctionnent l'absence de *dessaisissement effectif* des biens transférés en fiducie ;
- 3) en dépit du caractère autonome du patrimoine d'affectation résultant de la création d'une fiducie, le principe de l'unité du patrimoine conserve son importance : en vertu du droit des obligations, le constituant d'une

45. M. NACCARATO, *op. cit.*, note 2, p. 134.

46. J.-P. DUNAND, *op. cit.*, note 5, p. 380.

47. J. CHAMBERLAND, « Le discours inaugural du sous-ministre de la justice », dans INSTITUT CANADIEN D'ÉTUDES JURIDIQUES SUPÉRIEURES, JOURNÉES LOUISIANAISES (1991), *Conférence sur le nouveau Code civil du Québec : actes des Journées louisianaises de l'Institut canadien d'études juridiques supérieures*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992, p. 11-12.

fiducie doit, pour valablement créer une fiducie, effectuer un *transfert effectif* des biens au patrimoine fiduciaire ; en vertu du droit des biens, il ne doit pas conserver sur ces biens de droits constitutifs de droit réel ou encore de droits supérieurs aux droits dont il s'est dessaisi.

Il ne nous paraît donc pas déraisonnable de conclure ici que le pari audacieux du législateur québécois n'a pas reçu l'aval des tribunaux, en particulier de la Cour suprême. Certes, la notion de patrimoine d'affectation a été reconnue, mais les excès auxquels l'article 1281 C.c.Q. aurait pu donner lieu ont été grandement tempérés. Ainsi, le justiciable ne peut pas se constituer de multiples patrimoines ni créer un patrimoine autonome tout en le contrôlant de façon directe ou indirecte. C'est le principe de l'unité du patrimoine qui l'emporte !

Rappelons que cette envie d'être à la tête de patrimoines multiples n'est pas née avec l'adoption de l'article 1281 C.c.Q. En effet, la dissimulation ou la dépossession de biens en vue d'échapper à l'emprise des créanciers existe depuis la nuit des temps. Il suffit d'évoquer la pérennité de l'*action paulienne*, laquelle remonte au droit romain, pour s'en convaincre. Cela nous mène à la question de l'opportunité de choisir un concept aussi radical que le patrimoine d'affectation à titre de support à la fiducie. À cet égard, il nous paraît pertinent de faire un parallèle avec l'interrogation des légistes français à l'occasion des travaux de rédaction du *Code Napoléon*. Ces légistes se questionnaient sur l'opportunité d'adopter une infraction générale de fraude. À la suite de longues discussions, c'est avec sagesse qu'ils ont choisi de laisser la fraude telle quelle, entre les mains du prétoire. Elle était alors régie par le droit coutumier : *fraus omnia corrumpit* [la fraude corrompt toute chose]. Les légistes croyaient que, s'ils définissaient l'infraction, les fraudeurs sauraient mieux la contourner. Devant un problème aussi complexe, les légistes ont donc préféré faire confiance à la longue tradition qui les précédait : « Les théories nouvelles ne sont que les systèmes de quelques individus : les maximes anciennes sont l'esprit des siècles⁴⁸. » Pour notre part, nous nous demandons si le législateur québécois n'aurait pas dû faire montre de la même réserve à l'égard d'un principe comme celui du *patrimoine unique et personnel*.

48. J.-É.-M. PORTALIS, « Corps législatif – Présentation et exposé des motifs » dans P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 6, Osnabrück, Otto Zeller, 1968, p. 40. Comparer avec les propos de la professeure M. CANTIN CUMYN, *loc. cit.*, note 8, 656 : « [O]n ne peut que regretter que la hardiesse des innovations introduites par le législateur pour intégrer la fiducie dans un environnement civiliste soit quelque peu atténuée par les zones d'ombre qu'il laisse subsister, s'agissant de la nature de l'acte constitutif. »